



Bern, 22. Februar 2019

Empfehlung nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes

im Schlichtungsverfahren zwischen

**X
(Antragstellerin)**

und

Eidgenössisches Nuklearsicherheitsinspektorat ENSI

I. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Während der Jahreshauptrevision stellte das Kernkraftwerk Leibstadt (KKL AG) im August 2016 lokal verstärkte Oxidation an Brennelementen fest (sog. Dryout-Befunde). Das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI) prüfte daraufhin die von der KKL AG verfasste Ursachenanalyse und die daraus abgeleiteten Massnahmen zur Vermeidung kritischer Siedezustände (Dryout). Schliesslich veröffentlichte es am 16. Februar 2017 eine Information auf seiner Website¹, welche einen Überblick über die Erkenntnisse der Ursachenanalyse und über die getroffenen Massnahmen vermittelt.
2. Am 22. Februar 2017, 4. April 2017 und am 11. April 2017 reichten drei Gesuchstellende (je zwei Interessenvertreter und ein Medienunternehmen) gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim ENSI separate Gesuche um Zugang zu zahlreichen Dokumenten im Zusammenhang mit den Dryout-Befunden im Kernkraftwerk ein (ENSI-Geschäfte N. 50/17/003, 50/17/006 und 50/17/008).
3. In der Folge identifizierte das ENSI für jedes einzelne Gesuch eine Vielzahl von Dokumenten (Totalumfang ca. 800 Seiten) und führte im Verlauf des Jahres 2017 Anhörungen nach Art. 11 Abs. 1 BGÖ bei drei betroffenen Dritten durch. Dabei schlug es Einschwätzungen vor und bat die Dritten, sich in Bezug auf Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ und Personendaten nach Art. 9 BGÖ zu äussern. Zwei der Angehörten erklärten sich mit den Vorschlägen des ENSI grundsätzlich einverstanden, stellten jedoch zum Teil weitere Einschwätzungsanträge. Mit dem dritten Unternehmen (Antragstellerin) führte das ENSI einen längeren Schriftverkehr durch: Dieses beantragte zuerst einen teilweisen Zugang und machte entsprechende Einschwätzungsvorschläge. In einer zweiten Phase beantragte es jedoch die vollständige Verweigerung des Zuganges.
4. Am 9. Oktober 2017 erliess das ENSI eine Verfügung, mit der es den Zugang zu den mit den drei Gesuchen verlangten Dokumenten teilweise einschränkte. Dabei berücksichtigte es die

¹ <https://www.ensi.ch/de/2017/02/16/ensi-erteilt-kernkraftwerk-leibstadt-freigabe-zum-wiederanfahren-unter-auflagen/>. Besucht am 21.02.2019.



Stellungnahmen und die Schwärzungsanträge von zwei der angehörteten Dritten, nicht jedoch den Antrag der Antragstellerin, den Zugang vollständig zu verweigern. Nachdem Beschwerden beim Bundesverwaltungsgericht eingereicht wurden, zog das ENSI die Verfügung am 25. Januar 2018 in Wiedererwägung und hob sie auf, worauf die Beschwerdeverfahren gegenstandslos abgeschlossen wurden. In der Folge führte das ENSI weitere Anhörungen gemäss Art. 11 BGÖ durch, unter anderem auch bei der Antragstellerin.

5. Am 29. August 2018 informierte schliesslich das ENSI die Antragstellerin, es beabsichtige, zu den meisten der ersuchten Dokumente der ENSI-Geschäfte 50/17/003, 50/17/006 und 50/17/008 einen teilweisen Zugang zu gewähren unter Einschwärzung von Geschäftsgeheimnissen und Personendaten. Dabei legte es dieser Information die in Frage stehenden Dokumente mit den von ihm vorgenommenen Einschwärzungen bei.
6. Am 21. September 2018 reichte die Antragstellerin durch ihre Anwälte beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) für jedes Zugangsverfahren je einen Schlichtungsantrag ein, die Anträge waren jedoch weitestgehend inhaltsgleich formuliert. Für jedes Verfahren beantragte sie «den Zugang zu den Dokumenten gemäss Schreiben der Vorinstanz vom 29. August 2018 zu verweigern oder eventualiter vorderhand aufzuschieben.» Sie machte u.a. geltend, dass «nicht einmal im Ansatz eine rechtsgenügende Bezeichnung der Dokumente erfolgt sei, zu denen Zugang beansprucht werde [und] nicht nachzuvollziehen sei, nach welchen Gesichtspunkten die Vorinstanz die Dokumente ausgewählt habe». Weiter vertrat sie die Auffassung, dass «die Dokumente in umfassender Weise Geschäftsgeheimnisse der Antragstellerin und ihrer Lieferanten bzw. Beauftragten enthalten; [und dass] das BGÖ keine Fishing Expedition in Geschäftsgeheimnisse vorsehe». Ihren Antrag auf Aufschub begründete sie wie folgt: «[...] der Zugang [ist] ohnehin aufgrund hängiger und absehbarer Verfahren aufzuschieben [...], da die streitbetroffenen Dokumente Grundlage für die im Betriebszyklus 33 angeordneten Auflagen und weiteren von der Antragstellerin zu treffenden Massnahmen bilden und auch für die nachfolgenden Zyklen und Freigabeverfahren relevant sind». Die Antragstellerin ist weiter der Auffassung, dass «seitens der Gesuchstellerin zweckfremde, mit dem BGÖ nicht vereinbare Ziele verfolgt werden [und] einmal mehr versucht wird, mittels flächendeckender Zugangsgesuche die Aufsichtstätigkeit der Vorinstanz medienwirksam zu beeinflussen». Schliesslich wies sie den Beauftragten darauf hin, dass die drei eingereichten Anträge in drei getrennten Verfahren zu behandeln seien, weil eine Kollusionsgefahr zwischen den verschiedenen Gesuchstellern bestehe.
7. Mit Schreiben vom 26. September 2018 bestätigte der Beauftragte gegenüber der Antragstellerin den Eingang der Schlichtungsanträge. Am 25. September 2018 forderte er das ENSI dazu auf, für jeden Antrag die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.
8. Am 8. Oktober 2018 reichte das ENSI dem Beauftragten für jeden Schlichtungsantrag die betroffenen Dokumente mit den von ihm bezeichneten Abdeckungen ein.
9. Eine der im Verlauf des Jahres 2018 durchgeführten Anhörungen (Ziff. 4) konnte laut dem ENSI bis zum heutigen Zeitpunkt nicht abgeschlossen werden, weil sie auf diplomatischem Weg erfolge und eine längere Bearbeitungszeit beanspruche. Betroffen sind ein zweiseitiger Brief vom 30.1.2017 «Information: Einrechnung von Informationsunterlagen gemäss Fachgespräch vom 24.01.2017, Schreiben [des angehörteten Dritten] zur Kernfahrweise Zyklus 33» und seine zweiseitige Beilage. Diese Dokumente gehören zum ENSI-Geschäft 50/17/003.
10. Auf die weiteren Ausführungen der Antragstellerin und des ENSI sowie auf die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen.



II. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte zieht in Erwägung:

A. Formelle Erwägungen: Schlichtungsverfahren und Empfehlung gemäss Art. 14 BGÖ

11. Die Antragstellerin wurde nach Art. 11 Abs. 1 BGÖ angehört. Als betroffene Dritte nahm sie an den vorangegangenen drei Gesuchsverfahren teil und ist somit zur Einreichung dieser Schlichtungsanträge berechtigt (Art. 13 Abs. 1 Bst. c BGÖ).
12. Die jeweiligen Schlichtungsanträge wurden formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).
13. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.² Kommt keine Einigung zustande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung, ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben.
14. Die Antragstellerin hat drei Schlichtungsanträge eingereicht, welche drei Zugangsgesuche betreffen. Aus der Sicht des Beauftragten rechtfertigt es sich jedoch, die drei Schlichtungsverfahren im jetzigen Verfahrensstadium aus Gründen der Verfahrensökonomie zu vereinen und mit einer Empfehlung zu erledigen. Die Verfahren weisen Gemeinsamkeiten auf: Die Schlichtungsanträge wurden gleichzeitig und von derselben Antragstellerin eingereicht und betreffen Zugangsgesuche, die an die gleiche Behörde gerichtet wurden. Jeder Schlichtungsantrag wird mit den gleichen Zugangsausnahmegründen begründet. Schliesslich geht aus dem dem Beauftragten eingereichten Schriftverkehr betreffend die drei Verfahren hervor, dass sowohl das ENSI als auch die Antragstellerin die drei Anhörungsverfahren materiell vereinigt behandelt haben. Die Befürchtung der Antragstellerin, dass die nicht getrennte Behandlung der Schlichtungsanträge eine Kollusionsgefahr zwischen den verschiedenen Gesuchstellern mit sich bringen würde, besteht bei der Durchführung des Schlichtungsverfahrens auf dem schriftlichen Weg nicht.

B. Materielle Erwägungen

15. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31) die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde.
16. Die in den drei Zugangsgesuchen enthaltenen Angaben genügten dem ENSI offensichtlich, die verlangten amtlichen Dokumente zu identifizieren (Art. 7 Abs. 2 VBGÖ), denn es liess der Antragstellerin mit Schreiben vom 29. August 2018 eine entsprechende Auflistung zukommen (Ziff. 5). Gegenstand dieser Empfehlung sind somit alle der Antragstellerin zugestellten Dokumente mit den vom ENSI vorgeschlagenen Abdeckungen. Nicht Gegenstand dieser Empfehlung ist der in Ziffer 9 erwähnte Brief samt Beilage, weil sich diese Dokumente noch im Anhörungsverfahren gemäss Art. 11 BGÖ befinden.
17. Die Antragstellerin macht geltend, dass die Dokumente in umfassender Weise dem Geschäftsgeheimnis nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ unterliegen würden und beantragt die vollständige Verweigerung des Zugangs. Sie begründet das Vorliegen dieser Geschäftsgeheimnisse jedoch nicht. Die vollständige Zugangsverweigerung begründet sie u.a.

² Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBI 2003 1963 (zitiert BBI 2003), BBI 2003 2024.



damit, dass eine Schwärzung der technischen Unterlagen unverhältnismässig und der verbleibende Inhalt nicht mehr aussagekräftig wäre.

Das ENSI vertritt ebenfalls das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen nach Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ, schlägt aber vor, den Zugang zu bestimmten Dokumenten vollständig zu verweigern und den Zugang zu der Mehrzahl der Dokumente indes teilweise zu gewähren. Dabei hat es in jedem Dokument jene Passagen abgedeckt, die nach seinem Ermessen Geschäftsgeheimnisse darstellen.

18. Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ sieht vor, dass der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert wird, wenn Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse offenbart werden können. Diese Bestimmung ist gemäss ständiger Praxis nur auf Geschäftsinformationen anwendbar, deren Kenntnisnahme durch die Konkurrenz Marktverzerrungen bewirken bzw. dazu führen würde, dass dem betroffenen Unternehmen ein Wettbewerbsvorteil genommen bzw. ein Wettbewerbsnachteil verschafft wird. Als Geheimnis wird dabei jede in Beziehung mit dem betroffenen Geheimnisträger stehende Tatsache qualifiziert, welche weder offenkundig noch allgemein zugänglich ist (relative Unbekanntheit), an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Interesse hat (objektives Geheimhaltungsinteresse) und welche der Geheimnisherr geheim halten will (subjektives Geheimhaltungsinteresse).³ Gemäss ständiger Rechtsprechung genügt ein pauschaler Verweis auf das Geschäftsgeheimnis nicht, vielmehr haben der Geheimnisherr bzw. die zuständige Behörde konkret und im Detail aufzuzeigen, inwiefern eine Information vom Geschäftsgeheimnis geschützt ist.⁴
19. Vorliegend beansprucht die Antragstellerin im Schlichtungsantrag als angehörte Dritte eine umfangreichere Schwärzung (bzw. die vollständige Zugangsverweigerung), als es das ENSI vorschlägt. Damit liegt es an der Antragstellerin, das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen im von ihr gewünschten Umfang zu begründen. In ihren Stellungnahmen an das ENSI und in den Schlichtungsanträgen hat die Antragstellerin ihren subjektiven Geheimhaltungswillen kundgetan, welcher vorliegend unbestritten ist. Sie hat es aber unterlassen, ihr objektives Geheimhaltungsinteresse aufzuzeigen. Sie macht nur geltend, dass sich eine vollständige Ablehnung des Gesuches bereits dadurch rechtfertigt, dass den Texten nach Abdeckung der technischen Unterlagen keine Bedeutung mehr zukomme. In den dem Beauftragten eingereichten Dokumenten sind indes nur einzelne Passagen abgedeckt worden. Aus den oben genannten Gründen und unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips erachtet der Beauftragte die Abdeckung der Geschäftsgeheimnisse im vom ENSI vorgeschlagenen Umfang zum gegenwärtigen Zeitpunkt als angemessen.
20. Die Antragstellerin beantragt weiter einen Aufschub des Zugangs aufgrund hängiger und absehbarer Verfahren, ohne zu präzisieren, um welche Verfahren es sich handelt. Sie erwähnt nur, dass sie im Anhörungsverfahren das Vorliegen eines Aufschubgrundes gemäss Art. 8 Abs. 2 BGÖ vorgebracht hatte, geht allerdings im Schlichtungsverfahren nicht weiter darauf ein. Nach dieser Bestimmung dürfen amtliche Dokumente erst zugänglich gemacht werden, wenn der politische oder administrative Entscheid, für den sie die Grundlage darstellen, getroffen ist, es sich also noch um einen laufenden Entscheidungsprozess handelt. Ziel der Regelung ist es, der Behörde die Möglichkeit der freien Meinungsbildung zu sichern – abgesichert von äusserem Druck, den die Gewährung des sofortigen Zugangs zu Dokumenten, die Grundlage für den Entscheid der Behörde bilden, verursachen könnte.⁵
Der Beauftragte stellt fest, dass sich das ENSI vorliegend nicht darauf berufen hat, dass die

³ Urteil des BVGer A-3829/2015 vom 26. November 2015 E. 5.1.

⁴ Urteil des BVGer A-1432/2016 vom 5. April 2017 E. 5.4.

⁵ Pascal Mahon / Olivier Gonin, in: Brunner/Mader [Hrsg.], Stampfli Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008, Art. 8, Rz. 26.



fraglichen Dokumente Grundlage für einen noch ausstehenden politischen oder administrativen Entscheid darstellen. Es ist daher nicht ersichtlich, weshalb diese Bestimmung vorliegend zur Anwendung gelangen sollte.

21. Das ENSI beabsichtigt, die Namen aller in den verlangten Dokumenten aufgeführten natürlichen Personen abzudecken, nicht aber die Unternehmensbezeichnung der Antragstellerin. In Bezug auf den Schutz ihrer Personendaten hat die Antragstellerin im Schlichtungsantrag bloss einen Verweis auf die durchgeführten Anhörungen gemacht, als sie die Verweigerung des Zuganges zum Teil mit Art. 9 BGÖ begründet hatte. Sie hat keine explizite Abdeckung ihrer Unternehmensbezeichnung beantragt. Ihr aktueller Antrag auf vollständige Zugangsverweigerung bezieht sich jedoch auf Dokumente, welche unter anderem ihre Unternehmensbezeichnung enthalten.
22. Eine Anonymisierung der Personendaten der Antragstellerin gemäss Art. 9 Abs. 1 BGÖ fällt vorliegend ausser Betracht. In den Zugangsgesuchen haben die Gesuchstellenden ausdrücklich den Zugang zu den Dokumenten betreffend die Dryout-Befunde bei der Antragstellerin im Jahr 2016 verlangt. Dieses Ereignis ist öffentlich bekannt und das ENSI hat sich auf seiner Webseite dazu geäussert. Zugangsgesuche, die sich auf amtliche Dokumente beziehen, welche nicht anonymisiert werden können, sind nach Art. 19 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) zu beurteilen (Art. 9 Abs. 2 BGÖ). Gemäss Art. 19 Abs. 1bis DSG dürfen Behörden im Rahmen ihrer Informationstätigkeit von Amtes wegen oder gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz Personendaten bekannt geben, wenn die betreffenden Personendaten im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen (Bst. a) und an deren Bekanntgabe ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht (Bst. b). Die erstgenannte Voraussetzung ist vorliegend erfüllt. Zu klären ist, ob an der Bekanntgabe des Namens der Antragstellerin ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht. Für die Prüfung des Interesses sieht Art. 6 Abs. 1 VBGÖ eine Abwägung zwischen dem Schutz der Privatsphäre Dritter und dem öffentlichen Interesse am Zugang vor. Art. 6 Abs. 2 VBGÖ enthält eine nicht abschliessende Auflistung von Fällen, in denen das öffentliche Interesse am Zugang überwiegen kann. Angesichts der Publizität der Dryout-Befunde ist nach Ansicht des Beauftragten ohne weiteres von einem besonderen Informationsinteresse im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Bst. a VBGÖ auszugehen.
23. Nicht jede Bekanntgabe von Personendaten führt zu einer Beeinträchtigung der Privatsphäre. Eine solche liegt nur dann vor, wenn ein tatsächlicher Eingriff in die Persönlichkeit der betroffenen Person erfolgt. Die erlittene Beeinträchtigung muss eine gewisse Intensität erreichen, was bei bloss geringfügigen oder unangenehmen Konsequenzen nicht der Fall ist.⁶ Darüber hinaus gilt es zu berücksichtigen, dass bei juristischen Personen die Schutzbedürftigkeit von Personendaten naturgemäss geringer ist als bei natürlichen Personen.⁷ Die Antragstellerin hat es im Schlichtungsantrag unterlassen darzulegen, inwiefern durch die Bekanntgabe ihres Namens ihre Privatsphäre mit der geforderten Intensität beeinträchtigt würde. Aufgrund dieser Sachlage stellt der Beauftragte fest, dass eine widerrechtliche Beeinträchtigung der Privatsphäre der Antragstellerin weder von ihr selber hinreichend dargetan wurde noch zum gegenwärtigen Zeitpunkt ersichtlich ist.
24. Der Beauftragte empfiehlt dem ENSI, an der teilweisen Zugangsgewährung zu den verlangten Dokumenten der ENSI-Geschäfte 50/17/003, 50/17/006 und 50/17/008 entsprechend dem Schreiben vom 29. August 2018 an die Antragstellerin festzuhalten.

⁶ AMMANN/LANG, in: Passadelis, Rosenthal/Thür [Hrsg.], Datenschutzrecht, Basel 2015, Rz. 25.78 ff.

⁷ Urteil des BVerG A-6755/2016 vom 23. Oktober 2017 E. 8.6.2.



III. Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte:

25. Das ENSI gewährt einen teilweisen Zugang zu den verlangten Dokumenten der ENSI-Geschäfte N. 50/17/003, 50/17/006 und 50/17/008 gemäss seiner Stellungnahme vom 29. August 2018 (Ziff. 5).
26. Die Antragstellerin kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim ENSI den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs.1 BGÖ).
27. Das ENSI erlässt eine Verfügung, wenn es mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
28. Das ENSI erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).
29. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name der Antragstellerin anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ). Eine weitergehende Anonymisierung ist nach Ansicht des Beauftragten nicht angezeigt, da der diesem Fall zugrundeliegende Sachverhalt bereits öffentlich bekannt ist und damit zusammenhängende Informationen öffentlich verfügbar sind.
30. Die Empfehlung wird eröffnet:
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
X
 - Einschreiben mit Rückschein (R)
Eidgenössisches Nuklearsicherheitsinspektorat ENSI
Industriestrasse 19
5200 Brugg
31. Eine Kopie dieser Empfehlung geht an:
 - A-Post
Y
 - A-Post
Z

Reto Ammann